

DALL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE ALLA COGESTIONE ALGORITMICA CON I LAVORATORI?

Michele Giaccaglia*

Abstract [It]: L'intelligenza artificiale ha avuto, e sta avendo, un enorme impatto nell'ambito del rapporto di lavoro giacché può essere utilizzata per gestirne aspetti fondamentali come la selezione dei lavoratori, l'assegnazione delle mansioni, la valutazione delle prestazioni dei lavoratori o la risoluzione del contratto in caso di inadempimento. Come noto, il funzionamento dell'algoritmo non è sempre chiaro, e quindi la normativa di settore prevede la necessità di garantire trasparenza nella progettazione per evitare esiti indesiderati e conseguenze intollerabili, come la discriminazione. Scopo del presente lavoro è quello, dunque, di verificare contenuto e portata di tali rimedi anche al fine di valutarne l'efficacia come strumenti di lotta contro la discriminazione. Lo si farà analizzando anche le distinzioni tra discriminazione algoritmica e discriminazione umana, l'impatto dell'intelligenza artificiale sui poteri datoriali e le modalità di coinvolgimento dei lavoratori nel processo decisionale.

Abstract [En]: Artificial intelligence has had, and is having, a huge impact in the employment relationship as it can be used to manage fundamental aspects such as the selection of workers, the assignment of tasks, the evaluation of workers' performance or the termination of the contract in the event of non-performance. As is well known, the workings of the algorithm are not always clear, and therefore the legislation in the sector provides for the need to ensure transparency in its design in order to avoid undesirable outcomes and intolerable consequences, such as discrimination. The purpose of this paper is therefore to verify the content and scope of these remedies also in order to assess their effectiveness as tools for combating discrimination. This will be done by also analysing the distinctions between algorithmic and human discrimination, the impact of artificial intelligence on employers' powers and the ways in which workers are involved in the decision-making process.

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Trasparenza dell'algoritmo. - 3. Responsabilità datoriale per la gestione algoritmica del lavoro. - 4. Trasparenza dell'algoritmo e gestione del lavoro umano. - 5. Impatto degli obblighi di trasparenza sul contenuto e sulla portata del potere di gestione: verso un nuovo modello di partecipazione dei lavoratori? - 6. Alcune brevi considerazioni finali.

1. Premessa

L'evoluzione tecnologica ha sempre interessato da vicino lo svolgimento e l'esecuzione del rapporto di lavoro¹, innanzitutto con riferimento alle delicate questioni attinenti alla trasformazione del potere datoriale di controllo², il cui fondamento, come noto, va ricercato

1* *Assegnista di ricerca in diritto del lavoro nell'Università Politecnica delle Marche.*

Ricostruisce passaggi e fasi storiche G. SANTORO PASSARELLI, *Dignità del lavoro e civiltà digitale*, in *Ri. Giur. lav.*, 2023, 1, p. 53 ss.

2 Sul "nuovo" art. 4 Stat. Lav. si vedano, in generale, O. DESSÌ, *Il controllo a distanza sui lavoratori: il nuovo art. 4 Stat. Lav.*, Esi, Napoli, 2017, in part. p. 11 ss. e 59 ss.; nonché AA. VV., *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, P. TULLINI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017, in part. 97 ss. Sui nuovi problemi che le tecnologie pongono in ambito di controlli datoriali, si rimanda, *ex multis*, ad A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 313 ss.; R. SANTUCCI, *I controlli a distanza sul lavoro e i limiti della privacy e*

negli artt. 41 Cost.³ e 2086, comma 1 c.c.⁴.

Attualmente, invero, sembra difficile arginare la pervasività e la totalità del controllo del datore di lavoro, non foss'altro per la banale constatazione che il lavoratore, nell'esecuzione della prestazione, utilizza nella maggior parte dei casi strumenti tecnologici e/o connessi alla rete⁵.

Stante la delicatezza e l'estrema rilevanza del controllo a distanza, tale potere del datore è stato sin da sempre limitato (v. art. 41, commi 2 e 3 Cost.), per il tramite delle previsioni di cui all'art. 4 della l. n. 300/1970 il quale, introducendo una più intensa tutela dei valori di libertà e dignità dei lavoratori, ha inteso rimodulare ed attenuare i poteri di controllo del datore⁶. Tale situazione ha obbligato il legislatore ad intervenire sul menzionato art. 4⁷, ridefinendo e riducendo i limiti al potere di controllo datoriale⁸.

L'incedere senza sosta dell'evoluzione tecnologica rischia di rendere difficoltosa, in tale ottica, la distinzione, che assume grande rilevanza ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2 Stat. Lav., tra gli strumenti di lavoro come tipologia di impianti diversa e distinta rispetto a quella degli strumenti di controllo a distanza. Distinzione che, è facile immaginarlo, è destinata a sfumare fino a quasi scomparire se gli applicativi tecnologici, come oggi accade, fanno parte degli strumenti che il datore di lavoro destina all'esecuzione della prestazione, e che potrebbero

della trasparenza nella protezione del lavoratore, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2023, 1, p. 141 ss.; A. INGRAO, *Controllo a distanza e "privacy" del lavoratore alla luce dei principi di finalità e proporzionalità della sorveglianza*, in *Labour & Law Issues*, 2023, 2, p. 101 ss.; A. ABBASCIANO, *Il controllo a distanza del datore di lavoro e il rispetto del diritto alla vita privata del lavoratore (ancora) sotto i riflettori della Corte Edu: il caso "Gramaxo c. Portugal"*, in *Labour & Law Issues*, 2023, 3, p. 1 ss.

3 F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, I. La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977, 511; V. BUONOCORE, *L'art. 41 della Costituzione: libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in ID. (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, 3 ss.).

4 Per considerazioni ancora attuali G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, I) *Diritto commerciale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, *passim*; nonché ID., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, p. 591 ss. Più recentemente, poi, G. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 709 ss.; G. GARELIO, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili in cerca di contenuto*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1443.

5 Sullo specifico rapporto tra *blockchain* e controllo a distanza si veda O. DESSÌ, *Blockchain, controllo a distanza e lavoro nella gig economy*, in *federalismi.it*, 2021, 2, p. 66 ss.; nonché M. GIACCAGLIA, *Blockchain, smart contract e lavoro*, in *Labour&Law Issues*, 2024, 1, p. 3 ss.

6 Del controllo a distanza e delle problematiche che questo solleva, la dottrina giuslavoristica si è sempre interessata. Per un approfondito esame delle interrelazioni tra gli artt. 4 e 8 St. Lav. e il Regolamento Ue n. 2016/679 (c.d. G.D.P.R.) si vedano V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*; e più recentemente M. AIMO, *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Lav. e dir.*, 2021, p. 585 ss.; nonché M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2024, *passim* ma in part. p. 147 ss.

7 In un contesto dottrinario assai ricco, per una visione generale delle modifiche apportate all'art. 4 Stat. Lav. si veda M. LANOTTE, *La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza, in Il nuovo art.4 sui controlli a distanza. Lo statuto dei lavoratori dopo il jobs act*, A. LEVI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, p. 21 ss.

8 Oggi, infatti, a fronte di una maggiore pervasività dei poteri di controllo del datore, tali poteri possono essere utilizzati solo *i)* previa autorizzazione di organizzazioni sindacali o ispettorato; *ii)* se rispondono ad esigenze organizzative e produttive, di tutela del patrimonio aziendale e di sicurezza del lavoro; *iii)* previa informativa sulle modalità di uso e di effettuazione dei controlli; *iv)* se rispettano i principi di necessità, correttezza, pertinenza e non eccedenza.

essere dunque impiegati anche per scopi diversi⁹.

Questi cambiamenti, legati all'evoluzione tecnologica, influenzano quindi il modo in cui si intende il rapporto di lavoro, e pongono nuove (e assai importanti) sfide alle autorità nazionali ed europee in materia di tutela del lavoro.

In tale contesto di digitalizzazione ed evoluzione del rapporto di lavoro si inseriscono, oggi le intelligenze artificiali¹⁰.

Semplificando al massimo, l'intelligenza artificiale¹¹ può essere intesa come scienza che studia le possibilità di far compiere ad un *software* i processi mentali propri degli esseri umani¹².

Prima della recente approvazione del Regolamento europeo in tema di intelligenze artificiali (AI Act)¹³, laddove l'intelligenza artificiale è definita come un *software* che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono, l'Unione Europea aveva ritenuto tali i sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici¹⁴.

Alla base del funzionamento di tali *softwares*, in ogni caso, vi è un sistema algoritmico, ovvero una sequenza finita di istruzioni in codice informatico che può essere eseguita in maniera automatizzata.

Gli algoritmi, come noto, sono strumenti matematici, già utilizzati da civiltà antichissime per la soluzione di problemi più o meno complessi. Oggi, l'evoluzione tecnologica e il connubio tra matematica, informatica e tecnologia ha dato vita a processi algoritmici molto più evoluti, consentendo di automatizzare la soluzione di operazioni sempre più complesse e imprevedibili. Non a caso, infatti, questa sequenza di istruzioni può essere così complessa da non rendere possibile la comprensione né del calcolo né del risultato.

L'intelligenza artificiale ha oggi quindi superato di gran lunga i limiti iniziali degli algoritmi, che fornivano una risposta basata su determinati parametri, passando dall'offerta di soluzioni tratte dall'analisi dei dati all'autoapprendimento¹⁵.

9 Avverte particolarmente il problema O. DESSÌ, *Blockchain*, cit., p. 75 ss.

10 Il sintagma è declinato al plurale in quanto esistono, come noto, fenomeni e modi diversi attraverso i quali la macchina può simulare il pensiero umano. Per tutti, sin da ora, P. BENANTI, "*Machina sapiens*". *Intelligenze Artificiali e sfide etiche*, in *Gnosis*, 2019, 2, p. 27 ss.

11 Per alcuni spunti sulla definizione di intelligenza artificiale, si può vedere M. GABRIELLI, *Dalla logica al Deep Learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 21 ss.

12 Sul tema il rimando è obbligato alle due opere collettanee curate da Ugo Ruffolo. Si fa riferimento ad U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2017, *passim*, e al più recente U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, *passim*.

13 Il nuovo Regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*) è stato approvato il 13 marzo 2024 dal Parlamento Europeo ed ha poi recentemente ottenuto, il 21 maggio scorso anche l'approvazione all'unanimità da parte del Consiglio europeo. La dottrina sul punto è davvero sterminata, per cui ci si limiterà ai recenti ed esaustivi lavori di S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Intelligenza artificiale: una sfida globale tra rischi, prospettive e responsabilità. Le soluzioni assunte dai governi unionale, statunitense e sinico. Uno studio comparato*, in *federalismi.it*, 2024, 9, p. 1 ss.; e F.M. MANCIOPPI, *La regolamentazione dell'intelligenza artificiale come opzione per la salvaguardia dei valori fondamentali dell'UE*, in *federalismi.it*, 2024, 7, p. 112 ss. Anche per una ricostruzione dell'iter normativo, si rimanda ad A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *federalismi.it*, 2023, 25, p. 133.

14 GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI AD ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, in *European Commission official website*, giugno 2018.

È chiaro che tale evoluzione ha sin da subito generato dubbi e preoccupazioni, non solo etiche e morali, ma anche giuridiche in quanto, se da un lato l'intelligenza artificiale permette di risolvere in maniera rapida ed ottimale problemi complessi e che comportano la necessità di prendere in considerazione anche grandi moli di dati, l'unico limite al governo delle macchine rimane l'uomo. Da ciò l'avvertita necessità di regolare progettazione ed utilizzo dell'intelligenza artificiale.

Nell'ambito della gestione dell'impresa e del rapporto di lavoro, il ricorso all'intelligenza artificiale ed agli algoritmi può migliorare gli aspetti strategici e organizzativi dell'attività imprenditoriale, consentendo di ottimizzare i processi decisionali attinenti anche al rapporto di lavoro, quali l'assunzione, la promozione, l'organizzazione dell'attività o la risoluzione dei contratti dei lavoratori, sulla scorta dell'analisi e dell'elaborazione di informazioni diverse: una sorta di gestione algoritmica del lavoro¹⁶.

I poteri dell'imprenditore, dunque, potrebbero essere affidati ad un *software*¹⁷, con conseguente necessità per il giuslavorista di interrogarsi sui confini tra legittime aspirazioni imprenditoriali e diritti dei lavoratori, comprendendo anche come l'uso degli algoritmi possa influire sul modello partecipativo di questi ultimi all'impresa¹⁸.

2. La trasparenza dell'algoritmo

15 Basti pensare, solo per fare un esempio, all'algoritmo sviluppato da Google DeepMind, AlphaZero. Si è visto, infatti, che tale software in circa quattro ore ha dedotto, tra le altre, le regole del gioco degli scacchi, imparando a padroneggiarle in maniera tale da poter competere con i campioni del mondo, anche senza accedere a database specifici durante il processo di apprendimento. Sul punto si rimanda a M. GODENA - B. CODENOTTI, *L'eterna sfida. Scacchi e intelligenza artificiale da Turing ad AlphaZero*, Hoepli, Milano, *passim*.

16 Sul punto la dottrina italiana mi sembra già assai ricca ed oltremodo interessante. Si vedano, infatti, G. FONTANA, *Intelligenza artificiale e giustizia del lavoro nell'epoca della "calcolabilità giuridica"*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2023, 179, p. 375 ss.; U. GARGIULO, *Intelligenza Artificiale e poteri datoriali: limiti normativi e ruolo dell'autonomia collettiva*, in *federalismi.it*, 2023, 29, p. 171 ss.; L. IMBERTI, *Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?*, *ivi*, p. 192 ss.; E. SIGNORINI, *Lavoro e tecnologia: connubio tra opportunità e rischi*, *ivi*, p. 202 ss.; D. CALDERARA, *La transizione digitale: il patto di lavoro agile, la gestione algoritmica del lavoro e gli obblighi informativi trasparenti*, in *federalismi.it*, 2023, 25, p. 150 ss.; M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, *ivi*, p. 171 ss.; L. TEBANO, *Poteri datoriali e dati biometrici nel contesto dell'AI Act*, *ivi*, p. 198 ss.; N. CAPPELLAZZO, *L'art. 8 Stat. Lav. e i meccanismi di "HR algorithms management": lo Statuto dei lavoratori alla prova delle nuove tecnologie*, in *federalismi.it*, 2023, 21, p. 187 ss.; E. SENA, *"Management" algoritmico e tecniche di tutela dei lavoratori tra tutela della "privacy" e sicurezza sul lavoro: quale ruolo per il sindacato?*, in *Arg. dir.lav.*, 2023, 6, p. 1160 ss.; F. BANO, *Algoritmi al lavoro. Riflessioni sul "management" algoritmico*, in *Lav. e dir.*, 2024, 1, p. 133 ss.; C. ROMEO, *L'era degli algoritmi e la sua incidenza nell'ambito della certezza del diritto: un connubio sospetto*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2024, 1, p. 5 ss.; M. FAIOLI, *"Robot Labor Law". Linee di ricerca per una nuova branca del diritto del lavoro e in vista della sessione sull'intelligenza artificiale del G7 del 2024*, in *federalismi.it*, 2024, 8, p. 182 ss.; P. IERVOLINO, *Osservazioni sulla decodificazione algoritmica*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 2, p. 1 ss.;

17 Sulla gestione algoritmica dell'impresa, si vedano, *ex aliis*, S.A. CERRATO - F. CULASSO - E. CROCCO, *"Handle with care". Per una governance dell'intelligenza artificiale nell'impresa: rischi, tecniche di gestione, assetti cibernetici*, in *Rivista delle società*, 2023, 2-3, p. 371 ss.; C. FALERI, *"Management" algoritmico e asimmetrie informative di ultima generazione*, in *federalismi.it*, 2024, 3, p. 217 ss.

18 Tema riproposto all'attenzione dei giuristi all'esito della nota Proposta di legge di iniziativa popolare *"La Partecipazione al Lavoro. Per una governance d'impresa partecipata dai lavoratori"* del sindacato CISL. Sulla quale si vedano, per tutti, M. CORTI, *L'eterno ritorno del dibattito sulla partecipazione in Italia. La proposta della Cisl nel quadro comparato*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, 4, p. 939 ss.; ed anche T. TREU, *La proposta della Cisl sulla partecipazione al lavoro. Per una governance di impresa partecipata dai lavoratori*, *ivi*, p. 889 ss.; ed E. ALES, *La proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione*, *ivi*, p. 913 ss.

I rischi derivanti dall'utilizzo dell'algoritmo e, quindi, la questione relativa alla sua necessaria trasparenza non è certamente nuovo, essendo il timore di processi decisionali automatizzati da sempre connaturato all'evoluzione di tali tecnologie¹⁹.

Le motivazioni sono note, e possono essere ricondotte in linea di massima alla diffidenza nei confronti di una procedura automatizzata che dipende certamente dalle scelte del programmatore che, in base alle informazioni utilizzate, può ovviamente condizionare i risultati della procedura stessa²⁰. È noto il risultato della procedura automatizzata, ma non già le ragioni e l'iter che hanno portato ad esso²¹.

Il rischio, sul piano concreto, è che l'algoritmo possa produrre risultati incompatibili con valori o principi anche costituzionalmente protetti e garantiti, poiché la procedura automatizzata è tesa alla ricerca dell'efficienza e quindi potrebbe non tenere conto, nell'assunzione di una decisione, della proporzionalità o della ragionevolezza della stessa, così come di tante altre clausole generali che non possono essere tradotte in linguaggio informatico²².

Si spiegano così gli intensificati sforzi per aumentare la trasparenza dell'algoritmo²³, in particolare, per quanto in questa sede interessa, con riguardo al regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati.

Come è noto, infatti, la normativa unionale limita, tra le altre cose, le decisioni completamente automatizzate, dinanzi alle quali la disciplina della trasparenza diventa più rigorosa.

Il processo decisionale automatizzato è disciplinato dall'art. 22 del Regolamento che prevede, al comma 1, che l'interessato *"ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona"*. Il processo decisionale automatizzato, pertanto, è lo strumento che consente a chi tratta i dati di assumere decisioni con mezzi tecnologici senza l'intervento o il coinvolgimento umano. L'art. 22 GDPR, inoltre, richiama espressamente la profilazione quale fenomeno da ricondurre sotto la disciplina delle decisioni automatizzate, in quanto si tratta di una forma di trattamento automatizzato di dati *"effettuato per valutare aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica"*. E prevede che *"l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la*

19 Sul punto, tra gli altri, per limitarsi ai lavori più recenti, E. GARZONIO, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, 2, p. 25 ss.; A. OTTOLIA, *Il governo dell'algoritmo*, in *AIDA* 2022, 1, p. 301 ss.; C. COLAPIETRO, *Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali*, in *federalismi.it*, 2023, 5, p. 151 ss. Cui adde, se si vuole, L. GAMET, *Il lavoratore e le due facce dell'algoritmo*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 2, p. 2 ss.

20 I. FERRARI, *Indagine comparata sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile per i danni arrecati dall'uso dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, 3, p. 2 ss.

21 G. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, p. 53 ss.; F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, p. 145 ss.

22 Mi sia consentito il rinvio, sul punto, a quanto si era sostenuto, in merito al funzionamento dei c.d. *smart contracts*, in M. GIACCAGLIA, *Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie giuridiche attuali e delle norme vigenti del Codice civile italiano*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 1, p. 113 ss.

23 GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI AD ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, giugno 2018, cit.

profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”.

Di fronte a tali pericoli l'UE ha predisposto delle “Linee guida etiche per un'intelligenza artificiale affidabile”, avvertendo che l'intelligenza artificiale deve essere lecita, deve rispettare i principi e i valori etici e deve essere robusta, per evitare danni, anche accidentali²⁴.

Questi principi fondamentali sono stati anche incorporati nell'accordo quadro delle parti sociali europee sulla digitalizzazione del dicembre 2020²⁵.

L'obiettivo, sempre più chiaro, è quello di definire il quadro giuridico della *governance* dei sistemi di intelligenza artificiale, come dimostra la recente approvazione dell'AI Act, che contiene norme armonizzate nel settore dell'intelligenza artificiale, preceduto da un Libro Bianco sull'argomento²⁶, il cui Allegato III include tra i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio anche quelli destinati alla gestione del lavoro, e introduce precauzioni legate alla sorveglianza umana e alla valutazione periodica per affrontare eventuali malfunzionamenti ed eliminare i rischi²⁷.

Il ricorso del datore di lavoro a strumentazioni algoritmiche per assumere decisioni in merito alla gestione e al controllo del rapporto di lavoro aveva già portato in Italia all'introduzione, da parte del legislatore, del diritto all'informazione sul concreto utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio²⁸, e oggi, con la recente approvazione da parte del Parlamento Europeo del testo finale della direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro sul lavoro sulle piattaforme digitali²⁹, saranno previste ulteriori norme specifiche sulla gestione algoritmica del lavoro, fissando il raggiungimento dell'obiettivo della trasparenza mediante il corretto adempimento di vari obblighi informativi, nonché misure per la “*supervisione umana dei sistemi automatizzati*” (art. 7) e un “*riesame umano delle decisioni importanti*” (art. 8).

Non sembra però ancora se il contenuto specifico di questo dovere di informazione debba estendersi anche al codice dell'algoritmo, oppure vada inteso come limitato alla logica di funzionamento dello stesso, o ancora ad aspetti molto più funzionali e non legati all'informatica. Sembra possibile sostenere che, al fine di raggiungere l'obiettivo prefissato dal legislatore unionale, le informazioni relative all'algoritmo siano quantomeno idonee a consentire ai rappresentanti dei lavoratori e, quindi, ai lavoratori, quali aspetti del rapporto di lavoro, attraverso l'algoritmo, il datore di lavoro prende in considerazione ai fini dell'adozione di una decisione ad esso relativa.

24 S. SHACKELFORD - R. DOCKERY, *Governing AI*, in *Cornell Journal of Law and Policy*, 2020.

25 COM/2021/206.

26 Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, COM(2020), Bruxelles, 19.2.2020.

27 E. TROISI, *Decisione algoritmica, "Black-Box" e AI etica: il diritto di accesso come diritto a ottenere una spiegazione*, in *Jus civile*, 2022, 4, p. 953 ss.

28 Con il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 è stato introdotto il diritto del lavoratore a ricevere le informazioni sull'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati attraverso l'inserimento dell'art. 1 bis nel d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, norma poi modificata dal d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito dalla l. 3 luglio 2023, n. 85. Sul punto, approfonditamente, M.T. CARINCI - S. GIUDICI - P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza"): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, 2023, 1, p. 36 ss.; e G. PELUSO, *Obbligo informativo e sistemi integralmente automatizzati*, in *Labour Law & Issues*, 2023, 2, p. 100 ss.

29 Sulla Direttiva di cui nel testo, trattandosi ancora di un iter non conclusosi, seppur avviato oltre due anni orsono, si rimanda a R. RAINONE, *Obblighi informativi e trasparenza nel lavoro mediante piattaforme digitali*, in *federalismi.it*, 2024, 3 p. 279 ss. Sul tema, ampiamente, poi, A. SGROI, *Rivendicazioni sindacali e nuovi diritti: l'art. 28 st. lav. alla prova del platform work*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 4, p. 1 ss.

La gestione algoritmica del rapporto di lavoro, dunque, impone al datore obblighi di informazione, e forse di vera e propria negoziazione con i lavoratori, in merito all'utilizzo di *software* algoritmici. E non sembra peregrino pensare che tale gestione automatizzata possa addirittura portare a un cambiamento sostanziale delle procedure per la partecipazione dei lavoratori, aprendo la strada e sistemi di governance collettiva vicini alla cogestione.

3. Responsabilità datoriale per la gestione algoritmica del lavoro

All'esito dei progressi tecnologici di cui si è rapidamente detto sin qui, cosa cambia dunque per quanto attiene al rapporto di lavoro? Nell'ambito della gestione del lavoro, non sono ammissibili sistemi decisionali automatizzati o, meglio detto, la legge attualmente non consente che un software possa prendere una decisione produttiva di effetti giuridici. Certo, il datore di lavoro può fare ricorso all'algoritmo o in generale a sistemi di intelligenza artificiale, ma da un punto di vista giuridico una decisione produttiva di effetti giuridici non può essere adottata da un sistema di intelligenza artificiale. Banalmente perché questi sistemi non sono dotati di personalità giuridica, e non sono soggetti a diritti o obblighi di sorta³⁰. Si può allora ritenere che, ad oggi, l'utilizzo di strumenti più o meno sofisticati non possa in nessun caso implicare una responsabilità dell'algoritmo piuttosto che del datore di lavoro che ad esso ricorre. Non sembra neanche necessario il ricorso a una finzione³¹, difatti, per

30 Basti pensare alla questione, di enorme portata, relativa alla eventuale attribuzione di una soggettività giuridica a quei softwares che svolgono attività giuridica di tipo contrattuale. Favorevole alla soluzione positiva, per tutti, G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Esi, Napoli, 2019, *passim*, ma spec. 3 ss. La dottrina maggioritaria sembra, almeno per il momento, contraria: si vedano G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i «software agents»: un falso problema giuridico?*, in *Contr. impr.*, 2002, 2, p. 501 ss.; EAD., *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, p. 441 ss.; F. BRAVO, *Contratto cibernetico*, in *Dir. inf.*, 2011, 2, p. 169 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Introduzione*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1657 ss.; F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., p. 121 ss.; ID., *Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale*, in *Giur. it.*, 7, 2019, p. 1677 ss.; nonché più recentemente e ancora più approfonditamente ID., *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 251 ss., ma spec. 265 ss.; e ANTONINA ASTONE, *La persona elettronica: verso un tertium genus di soggetto?*, in AA.VV., *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Iovene, Napoli, 2020, p. 253 ss. Osserva, a mio avviso correttamente, U. PAGALLO, *Vital, Sophia, and Co.—The Quest for the Legal Personhood of Robots*, in *Information*, 2018, p. 230 ss., che il dibattito sulla possibilità di attribuire la soggettività giuridica ai *softwares* sconta forse un errore di impostazione, in quanto confonde le questioni relative alla personalità giuridica con quelle relative alla regolamentazione dei fenomeni sociali e delle attività che hanno rilevanza giuridica. Si vedano anche le considerazioni contenute nella Risoluzione del Parlamento Europeo P8_TA(2017)0051 del 16 febbraio 2017, contenente Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme sui diritti civili riguardanti la robotica. Maggiore preoccupazione, se non, per alcuni, sgomento, suscitano poi le questioni relative al rapporto dell'uomo con la macchina, che (consente in certi casi già oggi, ma soprattutto) consentirà di modificare i confini della vita e della morte (assai discussi sin dai tempi del diritto romano, e ancora oggi oggetto di acceso dibattito: v. D. CARUSI, *Momentum mortis vitae tribuitur? Del danno da uccisione e di alcune questioni in materia di condizione*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2002, p. 391 ss.) e di superare i limiti delle potenzialità umane. Per una interessante analisi di questi e altri temi si rimanda a U. RUFFOLO e A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del “transumanesimo”*, in *Giur. it.*, 7, 2019, p. 1658 ss.; e IDD., *Intelligenza artificiale, human enhancement e diritti della persona*, in *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., p. 179 ss.; nonché E. ANCONA, *Soggettività, responsabilità, normatività 4.0. Profili filosofico-giuridici dell'intelligenza artificiale. Introduzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 1, p. 81 ss.

31 Pur trattandosi, come si è stati correttamente avvertiti (v. A. LA TORRE, *La finzione nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 3, p. 315), di termine polisenso, si può qui tranquillamente intendere la finzione come una modificazione artificiosa della realtà, operata di modo che «sembri ciò che non è». Nel caso di specie, dunque, non è necessario ragionare «come se» l'espressione di volontà del contraente si fosse effettivamente manifestata,

riconoscere che dietro l'automazione del *software* incorporato nella macchina, guidata dal codice, vi è sempre l'uomo, che, in quanto tale, facendo parte dell'ordinamento giuridico³², vede tutta la sua attività produttiva di effetti giuridici ad esso assoggettata³³.

E, comunque, anche qualora l'evoluzione della gestione algoritmica del lavoro dovesse raggiungere vette oggi solo preconizzabili, ciò non escluderebbe che un *input*, inteso come intervento a monte del datore di lavoro, e a prescindere dunque dai risultati (*outputs*), sia in ogni caso individuabile, essendo l'algoritmo niente altro che un programma.

Il datore di lavoro non può quindi "nascondersi" dietro l'algoritmo e, inoltre, la sua responsabilità non sorge esclusivamente quando il datore di lavoro ometta di attivarsi nei casi in cui il risultato del processo algoritmico presenti risultati non conformi alla legge.

Nonostante il datore di lavoro, infatti, non possa controllare o prevedere il risultato fornito dal programma, l'algoritmo rientra certamente tra gli strumenti che il datore di lavoro può utilizzare nell'ambito del suo potere di gestione e organizzazione dell'impresa³⁴. Non è possibile, dunque, attribuire effetti giuridici a questo processo decisionale automatizzato, visto che non è l'algoritmo che prende la decisione di non assumere, licenziare, sanzionare, demansionare ecc., ma il datore di lavoro, al quale è quindi esclusivamente imputabile l'aver fatto propria la soluzione fornita dall'algoritmo³⁵.

perché essa «si è» concretamente manifestata nella realtà, nel momento in cui ha deciso di ricorrere al *software*. *Contra*, invece, C. PONCIBÒ, *Smart contract: un breve viaggio nel futuro del diritto dei consumatori*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Esi, Napoli, 2020, pp. 225 e 228.

32 Non va dimenticato l'insegnamento di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 136 ss., secondo il quale l'intero ordinamento «è preordinato in funzione dell'uomo», e l'uomo non è «strumento dei fini dello Stato ma, è piuttosto esso medesimo fine ultimo delle norme giuridiche».

33 Parafrasando una assai celebre battuta sull'imposizione fiscale (di discussa attribuzione: v. sul punto F. PALLANTE, *Elogio delle tasse*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2021, p. 7 ss.), anche l'ordinamento giuridico accompagna l'uomo dalla culla alla tomba. E, anzi, in certi casi anche oltre: basti pensare al testamento, quel «miracolo del diritto, in virtù del quale la volontà dell'uomo gli sopravvive» (così F. CARNELUTTI, *La figura giuridica*, cit., p. 928) che consente, tra le altre cose, anche di decidere, per il tempo in cui si avrà cessato di vivere, sulla destinazione del proprio cadavere (sul punto, per tutti, G. BONILINI, «...così al vento nelle foglie levi si perdea la sentenza di Sibilla», in *Studium iuris*, 2002, 2, p. 139 ss.).

34 Il contesto in cui la libertà di impresa si inserisce è, come noto, quello disegnato dall'art. 41 Cost. (e dall'art. 2086, comma 1 c.c.), che rappresentano il fondamento dei più significativi poteri dell'imprenditore, quali quello direttivo, quello di controllo, quello di predisporre norme interne di organizzazione, quello disciplinare. Va peraltro sottolineata anche la incidenza del nuovo testo dell'art. 2086, comma 2 c.c. sulla disciplina dei rapporti di lavoro: v. P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lavoro*, 2020, 1, 135 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Strumenti di allerta inadeguati e tutela dei lavoratori (a proposito del nuovo testo dell'art. 2086 c.c.)*, in *Corr. Giur.*, 2021, p. 671 ss.; nonché ID., *Responsabilità per mala gestio dell'impresa e riflessi sui rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 1, p. 83 ss.

35 Che vi sia sempre un momento, temporalmente e logicamente precedente all'avvio del programma, in cui il soggetto che utilizza il *software* esprime la propria volontà, è stato già efficacemente dimostrato da R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 70 ss. Sul punto, pur discutendo se fare riferimento al principio della auto responsabilità, a quello del rischio o a quello dell'affidamento (v., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Iovene, Napoli, 1964, p. 145 ss.), sembra che la dottrina sia concorde: v. G. FINOCCHIARO, *La conclusione*, cit., p. 503 ss.; nonché EAD., *Il contratto*, cit., p. 455 ss. Più recentemente, poi, F. DI GIOVANNI, *Intelligenza*, cit., p. 121 ss.; ID., *Attività*, cit., p. 1677 ss.; nonché ID., *Sui contratti* cit., p. 265 ss.; F. DELFINI, *Forma*, cit., p. 10 ss. e 28 s.; e A. ASTONE, *La persona*, cit., p. 253 ss. Non nutre alcun dubbio sul fatto che il non corretto operare del programma «non può che fare oggettivamente capo a chi ha scelto e utilizzato detti strumenti». Così C. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 222. Parla, efficacemente, di «spinta causale umana» S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L'esperienza "pilota" statunitense*, in *federalismi.it*, 2 ottobre 2019, p. 56. La dichiarazione, seppur divergente dalla volontà, è ricollegata (da R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Esi, Napoli, 2003, p. 65 ss.), piuttosto

Di conseguenza, la responsabilità giuridica della decisione di gestire il rapporto di lavoro così come previsto dalla decisione algoritmica ricade sempre sul datore di lavoro e, a ben vedere, la valutazione sulla liceità o meno della decisione generalmente prescinde dalle modalità attraverso le quali questa viene assunta.

Quando il datore di lavoro accetta la scelta compiuta sulla scorta di una valutazione compiuta da un sistema di intelligenza artificiale, sarà responsabile del risultato, ma così come accadrebbe nel caso in cui si limitasse a confermare la decisione (illegittima) del responsabile delle risorse umane, o di una società di reclutamento, che condizioni l'assunzione di una dipendente in base alla probabilità futura che si verifichi un evento incerto come una gravidanza o uno stato di malattia).

Il sistema gerarchico dell'impresa, invero, vede all'apice l'imprenditore/datore di lavoro, e su di quest'ultimo si riverberano gli effetti delle decisioni assunte dai soggetti che fanno parte dell'organigramma dell'impresa, e al datore di lavoro sarebbero imputabili gli effetti di tale atto anche se si volesse ritenere che l'algoritmo abbia preso autonomamente la decisione.

E proprio così come accade per la decisione umana, anche quella algoritmica dovrà fornire informazioni sulle ragioni della decisione specifica, ed anzi sembra meno complesso riuscire a progettare un algoritmo in maniera tale da fornire una spiegazione del proprio *iter* decisionale, mentre invece non sempre è così per quanto concerne le ragioni di una decisione umana.

La gestione algoritmica del lavoro non sottrae quindi il rapporto di lavoro alle tutele che la legge prevede, né consente al datore di lavoro di sottrarsi alle proprie responsabilità.

4. Trasparenza della gestione umana del lavoro

A fronte della crescente preoccupazione per i rischi connaturati alla gestione algoritmica del lavoro, si vogliono svolgere alcune riflessioni in merito a quella che, invece, potremmo definire come gestione tradizionale del lavoro, ovvero quella umana.

Se ci sofferma a riflettere sulla trasparenza della decisione datoriale umana si può rilevare come, solitamente, il diritto del lavoro non abbia mai imposto al datore di essere completamente trasparente rispetto ai criteri che motivano le decisioni relative alla gestione dell'impresa (e quindi del lavoro), ma si limita a circondare tali decisioni di particolari cautele, stabilendo che esse debbano essere in ogni caso conformi alla legge.

La trasparenza è prevista, quindi, non come criterio ordinatorio del rapporto datore di lavoro-lavoratore, ma come criterio funzionale rispetto alla verifica di liceità della scelta datoriale quanto essa è subordinata alla sussistenza di determinate condizioni (di crisi, tecniche, organizzative, produttive, di inadempimento, ecc.)³⁶. Si tratta dunque di una trasparenza che attiene alla motivazione della scelta che viene adottata dal datore di lavoro, ed è richiesta solo nella fase patologica del rapporto, come accade ad esempio quando il lavoratore decide di impugnare il licenziamento intimatogli sulla scorta di un giustificato motivo oggettivo³⁷.

che al criterio dell'affidamento, alla prospettiva della prevalenza delle ragioni dell'acquisto su quelle della proprietà, e quindi ad un disegno del legislatore orientato a favorire (non la conservazione ma) la circolazione dei beni.

36 Sul punto G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, 6, p. 641 ss.; ed A. DONINI, *Informazione sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: poteri datoriali e assetti organizzativi*, in *Dir. lav. mer.*, 2023, 1, p. 85 ss.

37 Per una riflessione sul punto si rimanda a F. STAMERRA, *Ritorsione e giustificato motivo oggettivo nel difficile equilibrio tra prova effettiva e generica allegazione*, in *Lav. giur.*, 2020, 4, p. 353 ss.; e, più in generale, anche a G. PACCHIANA PARRAVICINI, *I vizi formali del licenziamento individuale*, in *Giur. it.*, 2019, 12, p. 2771 ss.

Più nello specifico, poi, il datore di lavoro non è chiamato a chiarire (e quindi ad essere trasparente in merito al) le ragioni che hanno motivato la cessazione del rapporto di lavoro una volta terminato il periodo di prova, oppure giustificare quali sono le motivazioni poste alla base della esclusione di un lavoratore all'esito di un processo di selezione che ha coinvolto diversi candidati³⁸.

Con riferimento a queste decisioni, infatti, non solo i lavoratori non concorrono alla loro formazione ma non sono nemmeno portati a conoscenza dei criteri sulla base delle quali sono state assunte.

La gestione algoritmica del lavoro, invece, potrebbe comportare un radicale cambiamento dei comportamenti del datore di lavoro, soprattutto se i lavoratori saranno chiamati a partecipare alla progettazione dell'algoritmo, poiché l'intervento umano nel controllo delle decisioni automatizzate renderà necessarie procedure preliminari al processo decisionale algoritmico³⁹.

Sarebbe quindi opportuno poter estendere la stessa richiesta di trasparenza e di maggiore partecipazione dei lavoratori non solo a scenari di gestione algoritmica del lavoro e di trattamento automatizzato di dati, giacché la gestione del lavoro totalmente umana nella pratica viene realizzata dal datore di lavoro con un notevole grado di opacità. Eppure, quest'ultima non è altro rispetto alla gestione algoritmica.

Come detto, infatti, il potere gestionale e organizzativo del datore di lavoro non svanisce o viene soppiantato da un sistema di intelligenza artificiale, né i limiti e i controlli su di esso, così come le responsabilità che ne derivano, possono essere configurati diversamente a seconda del fatto che il datore ricorra a modalità di esercizio basate su procedure più o meno sofisticate⁴⁰. L'illecita gestione datoriale del lavoro va sempre sanzionata, indipendentemente dal fatto che abbia origine da una decisione presa con mezzi umani o con mezzi automatizzati⁴¹.

E l'intervento umano sull'algoritmo, pur preordinato alla eliminazione di effetti indesiderati, potrebbe comunque provarli, poiché la decisione del sistema di intelligenza artificiale, seppur adeguata dal punto di vista prettamente professionale (basata quindi su titoli, merito e capacità del lavoratore) e non discriminatoria, potrebbe non essere gradita al datore di lavoro, che potrebbe lecitamente scegliere di adottare una decisione più discrezionale, o addirittura arbitraria, purché non contraria alla legge⁴².

38 Va però ricordata la nota Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 19.04.2012, causa C-415/10, *Meister c. Speech Design GmbH*, che ha deciso il caso di una lavoratrice di origine russa, e di età superiore ai 45 anni, che si era interessata in più occasioni a un'offerta di lavoro in Germania (dove viveva), per la quale era più che qualificata, oltre ad avere una vasta esperienza, ma non ha mai ricevuto risposta né è stata chiamata per alcun colloquio. La CGUE, pur confermando che il diritto UE non impone al datore di lavoro di fornire informazioni sui criteri di selezione del personale, ha sancito che il rifiuto di fornire tali informazioni può comunque costituire un elemento presuntivo della discriminazione.

39 R. COVELLI, *Lavoro e intelligenza artificiale: dai principi di trasparenza algoritmica al diritto alla conoscibilità*, in *Labour & Law Issues*, 2023, 2, p. 76 ss.

40 G. IANNIRUBERTO, *Responsabilità per mala gestio*, cit., p. 83 ss.

41 M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e tecniche di tutela*, in *Lav. e dir.*, 2022, 3, p. 541 ss.

42 La dottrina ha da tempo chiarito, infatti, che alle situazioni giuridiche soggettive subordinate all'esercizio di un potere quest'ultimo può essere esercitato con una certa discrezionalità ed insindacabilità: F. ROSELLI, *Il lavoro subordinato: identificazione della fattispecie*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, III ed., 2000, *passim* ma vedi p. 10, dove si afferma che "Il dovere d'obbedienza del lavoratore si dissolve così nella posizione di soggezione a poteri discrezionali, quello di direzione e quello disciplinare, ossia nella titolarità di interessi legittimi di diritto privato, la cui realizzazione davanti al giudice civile avviene attraverso modi di controllo sostanzialmente non diversi da quelli che caratterizzano il giudizio sull'atto amministrativo".

L'intervento umano, difatti, non è di per sé neutrale, né è sempre preferibile alla decisione automatizzata (fermo restando che comunque può condizionarla), soprattutto se l'intento discriminatorio scaturisce dalla scelta umana.

Se è essenziale che il datore di lavoro informi i lavoratori in merito all'utilizzo ed alla logica di funzionamento dell'algoritmo nel processo decisionale, non vi è motivo di ritenere che la stessa trasparenza non debba essere richiesta quando la decisione è presa direttamente dal datore, sebbene appaia chiaro che il controllo di un sistema algoritmico sia più facile rispetto a quello delle decisioni umane in quanto è possibile intervenire sul primo per il tramite della programmazione⁴³.

Il sistema di intelligenza artificiale è uno strumento e, anche se la sua logica di funzionamento non è sempre chiara, i risultati delle sue decisioni non sfuggono all'applicazione delle norme del diritto del lavoro, con la conseguenza che la eventuale violazione dei diritti del lavoratore, e in particolare dei diritti fondamentali potrà essere sanzionata indipendentemente dalla colpa o dal dolo del datore di lavoro, essendo sufficiente la produzione del risultato *contra legem* e dannoso.

5. Impatto degli obblighi di trasparenza sul contenuto e sulla portata del potere di gestione: verso un nuovo modello di partecipazione dei lavoratori?

Gli obblighi di trasparenza derivanti dalla gestione algoritmica del lavoro, si è visto, impongono al datore di lavoro di fornire ai lavoratori le informazioni sulla logica di funzionamento dell'algoritmo e di controllare i risultati forniti dal sistema⁴⁴, ponendo quindi una serie di dubbi in merito alla possibile trasformazione del tradizionale modello dei rapporti di lavoro e del tradizionale contenuto del potere di gestione dell'impresa⁴⁵.

Il diritto dei lavoratori ad essere informati sui criteri (*id est* sulle istruzioni informatiche) su cui si basa l'algoritmo per effettuare una serie di determinate decisioni attinenti al rapporto di lavoro, infatti, incide sul nocciolo duro del potere di direzione, *a fortiori* se la programmazione dell'algoritmo viene demandata alla negoziazione tra le parti.

La revisione umana delle decisioni algoritmiche comporterebbe, invero, una pervicace limitazione dei poteri del datore di lavoro in termini di organizzazione del processo decisionale, soprattutto se si tiene conto del fatto che le imprese che utilizzano un sistema di gestione del lavoro tradizionale non sono obbligate a predisporre sistemi informativi, di ratifica o verifica delle scelte, nemmeno nei casi in cui i lavoratori non sono a conoscenza dei criteri specifici utilizzati per prendere la decisione, nonostante anche in tali casi i rischi relativi alla violazione dei diritti non possano dirsi inferiori rispetto a quelli derivanti dall'utilizzo di algoritmi.

Inoltre, la previsione di un modello di controllo *ex post* della decisione algoritmica non sembra comunque in grado di eliminare alla radice alcuni problemi, tra i quali il fatto che il rischio della gestione algoritmica non deriva esclusivamente dall'uso del sistema, ma dalla

43 Fermo restando che, l'esponenziale evoluzione dell'intelligenza artificiale, che diventa sempre più sofisticata ed idonea a replicare i modelli di funzionamento del cervello umano, il controllo *ex ante* perderà la propria efficacia rendendo necessario un più accentuato controllo *ex post*.

44 Non sembra, infatti, possibile che una decisione di gestione del lavoro basata su un sistema automatizzato senza controllo umano sia lecita ai sensi dell'art. 22 GDPR, sebbene il paragrafo 2.a) del citato articolo disponga l'intervento umano solo se richiesto dall'interessato. In ogni caso, l'intervento umano ben potrebbe consistere in una *disclosure* delle ragioni della decisione ma non in un riesame della stessa.

45 U. GARGIULO, *Intelligenza Artificiale*, cit., p. 171 ss.; L. IMBERTI, *Intelligenza*, cit., p. 192 ss.; E. SENA, *"Management" algoritmico*, cit., p. 1160 ss.; e F. BANO, *Algoritmi al lavoro*, cit., p. 133 ss.

circostanza che nella programmazione dello stesso possano trovare spazio pregiudizi discriminatori⁴⁶.

Una soluzione, nel tentativo di garantire la massima obiettività e imparzialità del sistema, potrebbe essere di affidare il controllo delle decisioni algoritmiche ad un organismo misto, come una commissione paritetica composta da rappresentanti dei lavoratori e del datore di lavoro.

In questo modo il datore di lavoro potrebbe introdurre specifiche modalità di partecipazione dei lavoratori all'impresa, limitatamente alla gestione algoritmica del lavoro, dando vita ad un peculiare sistema di governance⁴⁷.

6. Alcune brevi considerazioni finali

Si è visto che gli obblighi di trasparenza nelle decisioni assunte dai sistemi di intelligenza artificiale si traducono nella necessità di spiegare ai lavoratori le motivazioni che giustificano determinate scelte datoriali, e possono peraltro dare vita nel prossimo futuro a un nuovo modello di *governance* algoritmica del lavoro, al quale il datore ricorre per evitare che il ricorso al *software* si trasformi in un moltiplicatore di contenziosi.

Ciò potrebbe verosimilmente condurre ad un sensibile miglioramento qualitativo della tutela dei diritti dei lavoratori che ciò può comportare, tanto che la domanda che sorge spontanea è se sia ragionevole prevedere anche con riferimento alla gestione non algoritmica del lavoro l'adozione di misure analoghe, altrimenti giustificandosi una modifica sostanziale del contenuto e della portata dei poteri datoriali a seconda della maggiore o minore informatizzazione che il datore di lavoro decide di applicare alle modalità di gestione del lavoro.

L'implementazione di sistemi di *governance* algoritmica potrebbe essere l'occasione per prevedere in tale ottica il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione, sia a priori che a posteriori, configurando un sistema di cogestione algoritmica, idoneo a raggiungere la trasparenza aziendale ed a fornire ai lavoratori maggiori poteri di controllo⁴⁸.

46 In punto di discriminazione algoritmica, in generale, M.G. BERNARDINI - O. GIOLO, *L'algoritmo alla prova del caso concreto: stereotipi, serializzazione, discriminazione*, in *GenIUS*, 2022, 1, p. 6 ss.; nonché A. NERI, *Uso di un algoritmo discriminatorio nella contrattazione privata*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4, p. 983 ss. Mentre con riferimento al diritto del lavoro, come noto, la letteratura è molto ricca: P. DE PETRIS, *Le discriminazioni da algoritmo nella "gig economy"*, in *Arg.dir.lav.*, 2020, 1, p. 889 ss.; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 1, p. 48 ss.; G. GAUDIO, *La CGIL fa breccia nel cuore dell'algoritmo di "Deliveroo": è discriminatorio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 2, p. 188 ss.; G. PISTORE, *I "riders" e l'algoritmo. Alcune questioni in materia di discriminazione*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4, p. 817 ss.; M. LAMANNIS, *"Frank" è un falso cieco: l'algoritmo discrimina i "riders"*, in *Lav. giur.*, 2021, 5, p. 532 ss. Della discrezionalità algoritmica si sono invece occupati gli studiosi del processo e del diritto amministrativo: tra i molti si veda G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, p. 39 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, p. 813 ss.; e A. SAPORITO, *L'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo: il sistema della tecnologica blockchain*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 4, p. 70 ss.

47 Si rimanda ancora a D. CALDERARA, *La transizione*, cit., p. 150 ss.; E. SENA, *"Management" algoritmico*, cit., p. 1160 ss.; F. BANO, *Algoritmi al lavoro*, cit., p. 133 ss.; M. FAIOLI, *"Robot Labor Law"*, cit., p. 182 ss. Resta inteso che, dal punto di vista datoriale, una scelta del genere comporterebbe un vero e proprio condizionamento del potere direttivo e decisionale, che sarebbe sottoposto ad una valutazione di conformità dei lavoratori, non più solo consultati, ma partecipi della programmazione dell'algoritmo che gestisce i rapporti di lavoro.

48 In tema di c.d. cogestione, la nota Proposta di legge di iniziativa popolare *"La Partecipazione al Lavoro. Per una governance d'impresa partecipata dai lavoratori"*, depositata il 24 aprile 2023, non è altro che l'ultimo tassello di un mosaico che avrebbe ben potuto essere concepito e completato (quantomeno) a partire dalla

La particolare attenzione rivolta al rischio di discriminazioni algoritmiche sul lavoro, infatti, non può far dimenticare che le discriminazioni occupazionali derivanti dalla gestione del lavoro tradizionale continuano ad essere, ovviamente, più numerose ed allarmanti, seppur rispetto a queste ultime non siano state previste analoghe cautele.

La preoccupazione che la gestione algoritmica possa portare alla violazione di diritti ed alla discriminazione dei lavoratori in quanto l'algoritmo non sarebbe trasparente, invero, pare un timore per certi aspetti infondato, perché l'impresa assume comunque la responsabilità delle decisioni algoritmiche alle quali ha fatto ricorso. Non si tratta, infatti, di una situazione del tutto sconosciuta nel contesto della gestione del lavoro, se sol si riflette sul fatto che, come detto, il legislatore ha già previsto il diritto del lavoratore a ricevere le informazioni sull'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati⁴⁹.

Oltre a ciò va anche tenuto conto che la normativa antidiscriminatoria italiana si è negli anni fortemente sviluppata⁵⁰ e, inoltre, non sembra particolarmente complesso applicarla anche alle decisioni aziendali basate su algoritmi, fermo restando che, in ogni caso, l'opacità dell'algoritmo (che potrebbe rendere difficile rilevare la discriminazione) non è diversa rispetto a quella delle decisioni umane, ragione per la quale, infatti, si assiste spesso al ricorso, in ambito processuale, all'inversione dell'onere della prova nel caso in cui il lavoratore allegghi la violazione dei propri diritti⁵¹.

In sostanza, verrebbe da dire, il rischio di mancanza di trasparenza nel funzionamento dell'intelligenza artificiale non dovrebbe ampliare gli spazi di immunità, atteso che l'algoritmo non è altro che uno strumento al quale il datore di lavoro fa ricorso.

Voler circondare di pregnanti tutele la gestione algoritmica del lavoro, insomma, è obiettivo che va accolto certamente con favore, seppur si ritiene che tali attenzioni ben potrebbero interessare la gestione del lavoro nel suo complesso, tanto algoritmica quanto umana.

promulgazione della Costituzione della Repubblica Italiana, la quale riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende (*rectius* imprese), seppur «nei modi e nei limiti previsti dalla legge». Il dibattito sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese viene, infatti, collocato addirittura nella prima metà del secolo scorso, subito dopo il primo conflitto mondiale: v. F. CAPORALE - E. FREDIANI, *La costituzione «dimenticata» dai consigli di gestione alla partecipazione al rischio delle imprese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1, p. 279 ss., quando «cominciarono a manifestarsi i primi segnali di una tendenza qualificata ricorrendo all'idea della «associazione» dei lavoratori alle «sorti» dell'impresa, con la finalità di attenuare l'antagonismo tra capitale e lavoro».

49 Attraverso l'inserimento dell'art. 1 bis nel d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, norma poi modificata dal d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito dalla l. 3 luglio 2023, n. 85. V. ancora M.T. CARINCI - S. GIUDICI - P. PERRI, *Obblighi*, cit., p. 36 ss.

50 Sul punto non è possibile soffermarsi ampiamente, stante anche la numerosità delle fonti speciali che formano una vera e propria normativa antidiscriminatoria del diritto del lavoro. Si vedano, però, almeno, V. CAPORRINO, *Latitudini comparatistiche delle discriminazioni nel mercato del lavoro*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2015, 1, p. 119 ss.; G. ALLIERI, *L'anticipazione della tutela antidiscriminatoria nell'accesso all'occupazione*, in *Corr. Giur.*, 2020, 11, p. 1329 ss.; M. BIAGIOTTI, *La tutela antidiscriminatoria si applica ai lavoratori autonomi: una rilevante pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Arg dir. lav.*, 2023, 2, p. 591 ss.

51 Basti pensare, ad esempio, all'art. 3 l. 18 aprile 1962, n. 230, che, in punto di superamento dei limiti del ricorso al lavoro a tempo determinato, prevedeva l'inversione dell'onere della prova in capo al datore di lavoro oppure, in tema di licenziamento al termine della fase formativa dell'apprendistato, all'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 o, ancora, all'art. 4, co. 4 d.lgs. 216/2003.